

Praxistipp

Fakt ist, dass die Probezeit von sechs Monaten (und mehr noch die in einigen Tarifverträgen festgelegte Probezeit von drei Monaten) oftmals nicht ausreicht, um einen abschließenden Eindruck davon zu gewinnen, ob der neu eingestellte Mitarbeiter geeignet ist. Leider eröffnet die Entscheidung des BAG diesbezüglich keine größeren Handlungsspielräume. Dennoch bestehen Möglichkeiten, wie Arbeitgeber ggf. die Probezeit „verlängern“ können:

- Bestand mit dem Mitarbeiter zuvor noch kein Arbeitsverhältnis, kann das Unternehmen ein befristetes Arbeitsverhältnis ohne Sachgrund mit ihm abschließen, was dann sogar bis zu zwei Jahren andauern kann. Dies sollte ausreichend Gelegenheit zur Erprobung geben.
- Selbst wenn aber zuvor schon ein Arbeitsverhältnis bestand (egal ob befristet oder unbefristet) und eine Befristung ohne Sachgrund daher ausscheidet, kann der Arbeitgeber eine weitere Befristung mit dem Sachgrund der Erprobung abschließen, wenn er dem Mitarbeiter gravierend andere Aufgaben als zuvor überträgt. Er darf den Betreffenden dann erneut für diese Aufgaben erproben. Dasselbe dürfte nach dem Urteil des BAG wohl gelten, wenn die in Aussicht genommene Tätigkeit so anspruchsvoll ist, dass in diesem Fall eine längere Erprobung sachlich gerechtfertigt erscheint.

In allen anderen Fällen sollten sich Arbeitgeber gut überlegen, ob sie dem neuen Mitarbeiter trotz Ablauf der sechsmonatigen Probezeit noch eine Chance geben. Das bedeutet ab einer gewissen Unternehmensgröße nämlich, dass dieser unter den Kündigungsschutz fällt. Im Zweifel ist es sicherlich besser, das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der „normalen“ Probezeit von sechs Monaten zu beenden. Auch wenn dies letztendlich zum Nachteil der Arbeitnehmer ist, geht der Arbeitgeber hiermit den rechtssicheren Weg. Wie die Entscheidung zeigt, rechtfertigen nur besondere Umstände im Einzelfall, z. B. eine spezielle Förderung durch das Integrationsamt, eine längere Befristung zur Erprobung.

RAin und FAin für Arbeitsrecht Verena Kappel,
Schulte Riesenkampff
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
Frankfurt am Main

Wahlvorschläge für Schwerbehindertenvertretung nur im Original

§§ 5, 6, 7 SchwbVVO

1. Wahlvorschläge für die Wahl der Schwerbehindertenvertretung müssen innerhalb der Einreichungsfrist mit der erforderlichen Anzahl von Stützunterschriften im Original beim Wahlvorstand eingehen. Telekopien genügen nicht.

2. Die Wahlordnung der Schwerbehindertenvertretung (SchwbVVO) verpflichtet den Wahlvorstand nicht, Wahlvorschläge nach ihrem Eingang unverzüglich umfassend auf etwaige Mängel zu prüfen und ggf. den einreichenden Listenvertreter unverzüglich zu unterrichten. Auch die elementaren Grundsätze einer demokratischen Wahl gebieten dies nicht.

3. Das Wahlausschreiben für die Wahl der Schwerbehindertenvertretung in Dienststellen der Bundeswehr, bei denen eine Vertretung der Soldaten nach dem BPersVG zu wählen ist, muss darauf hinweisen, dass auch Soldaten und Soldatinnen wählbar sind, um den Anforderungen von § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SchwbVVO zu genügen.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Beschluss vom 20. Januar 2010 – 7 ABR 39/08

Problempunkt

Anlässlich der Wahl der Bezirksschwerbehindertenvertretung beim Sanitätsführungs-kommando kam es zu einigen Schwierigkeiten. Das Wahlausschreiben enthielt keinen ausdrücklichen Hinweis darauf, dass auch Soldaten und Soldatinnen gewählt werden konnten. Zuvor war in den Dienststellen des Sanitätsführungs-kommandos jedoch ein Runderlass des Bundesministeriums der Verteidigung zirkuliert, der auf das passive Wahlrecht der Soldaten und Soldatinnen hinwies. Ein Wahlvorschlag war wiederholt im Wege eines sog. Kettenfaxes beim Wahlvorstand eingereicht worden. Dies bedeutet, dass ein Wahlberechtigter das mit seiner Unterschrift versehene Dokument per Telefax an einen anderen Wahlberechtigten schickte, der das erhaltene Telefax sodann unterzeichnete und an einen dritten Wahlberechtigten schickte und so weiter. Erst nach einigen Tagen wies der Wahlvorstand diesen Wahlvorschlag

mit der Begründung zurück, es handele sich lediglich um eine Kopie. Das LAG hielt die Wahl für unwirksam.

Entscheidung

Das BAG schloss sich der Ansicht des LAG an. Grund dafür war allerdings nicht die zögerliche Prüfung der Wahlvorschläge durch den Wahlvorstand. Eine ausdrückliche Pflicht, die eingehenden Wahlvorschläge unverzüglich zu prüfen, ist der SchwbVVO nicht zu entnehmen. Sie ist – so das BAG – auch kein elementarer Grundsatz einer ordnungsgemäßen demokratischen Wahl. Die Wahlvorschläge wurden völlig zu Recht zurückgewiesen, da das Einreichen von Faxen, anders als bspw. bei fristwährenden Schriftsätzen, den Anforderungen der Wahlordnung nicht genügt. Wahlvorschläge sind dem Wahlvorstand im Original vorzulegen, so dass dieser die Unterschriften prüfen kann. Der Hinweis auf die weit verzweigten Dienststellen des Sanitätsführungs-kommandos rechtfertigen keine Ausnahme von dem Erfordernis, die Wahlvorschläge im Original einzureichen. Die Anforderungen an eine einheitliche Urkunde (den Wahlvorschlag) sind auch gewahrt, wenn in jeder Dienststelle ein einzelnes Blatt mit gemeinsamem Kennwort zur Unterschrift ausliegt und dann jemand, bspw. der Listenführer, diese einzelnen Blätter zu einer einheitlichen Urkunde zusammenfasst. Die Wahl war hier aber unwirksam, weil nicht ausdrücklich auf die passive Wahlberechtigung der Soldatinnen und Soldaten hingewiesen worden war.

Konsequenzen

Ob man die Pflicht des Wahlvorstands, die eingehenden Wahlvorschläge unverzüglich zu prüfen, nicht doch als elementaren Bestandteil einer ordnungsgemäßen Wahl bezeichnen könnte, mag diskutabel sein. Die Entscheidung des BAG ist aber konsequent und gut begründet. Festzuhalten bleibt für die Praxis, dass Telefaxe nicht als Wahlvorschläge taugen. In der Tat birgt ein vielfaches Kopieren und Versenden von (meist nur eingeschränkt individuell zuordenbaren) Unterschriften ein großes Fälschungsrisiko. Dem lässt sich nur durch Vorlage von Originaldokumenten beugen.

Praxistipp

Viele Unternehmen verfügen über eine Vielzahl von Nebenbetrieben und Filialen, die einer Zentrale zugeordnet sind. Dort gibt es immer wieder Streit darum, wie die Arbeitnehmer mit möglichst geringem Aufwand Wahlvorschläge unterbreiten und erstellen können. Hier weist das BAG den Weg: Statt mit einer Liste nacheinander durch alle Filialen zu reisen, ist es

möglich, in den Filialen einzelne Bestandteile eines Wahlvorschlags zur Unterschrift auszulegen und diese sodann gemeinsam einzureichen. Voraussetzung dafür ist, dass die einzelnen Blätter – etwa durch Kennzeichnung mit einem Kennwort (dem Listennamen) – als zu einem Wahlvorschlag zugehörig gekennzeichnet sind. Dies soll, so das BAG, genügen, um eine einheitliche Urkunde herzustellen. Dabei hielten die Erfurter Richter noch vor wenigen Jahren streng an der „Tackerung“ als Maßstab für das Vorliegen einer einheitlichen Urkunde fest. Das diesbezügliche obiter dictum ist aber für die Praxis von größter Bedeutung und einer der häufigsten Streitpunkte bei Wahlanfechtungen.

RA und FA für Arbeitsrecht Bernd Weller,
Heucking Kühn Luer Wojtek, Frankfurt am Main

Betriebliche Vergütungsordnung nach Betriebsübergang

§§ 87 Abs. 1 Nr. 10, 99 Abs. 1 BetrVG

1. Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft derart auf einen Betriebserwerber über, dass die bisherige Identität erhalten bleibt, tritt der Erwerber betriebsverfassungsrechtlich an die Stelle des früheren Betriebsinhabers.

2. Der neue Betriebsinhaber ist verpflichtet, die im Betrieb bestehende Vergütungsordnung fortzuführen, solange er sie nicht auf eine Art und Weise geändert hat, die dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG genügt.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 1 ABR 66/08

Problempunkt

Die Arbeitgeberinnen, die in einem Gemeinschaftsbetrieb 700 Mitarbeiter beschäftigen, streiten mit dem Betriebsrat über die Eingruppierung einer Mitarbeiterin. Ein Firmentarifvertrag nahm bereits 1990 einen Tarifvertrag mit Vergütungsgruppen (VTF) in Bezug. Im Juli 2002 übernahm B den Teilbetrieb, in dem die Beschäftigte tätig ist. Er verpflichtete sich in einer Betriebsvereinbarung zusammen mit dem Betriebsveräußerer, den VTF aufrechtzuerhalten. Trotzdem stellte er die Arbeitnehmerin im April 2005 mit einer individuellen Vergütungsabrede ein. Der Betriebsrat verlangt nun, dass B den VTF bei Einstellungen und Eingruppierung

gen nach § 99 BetrVG anwendet. B meint dagegen, es fehle an einer betrieblichen Vergütungsordnung, in die die Mitarbeiterin einzugruppieren sei. Das Arbeitsgericht wies den Antrag des Betriebsrats ab, das LAG München gab ihm statt.

Entscheidung

Das BAG hob die Entscheidung des LAG auf und verwies die Sache zurück. Der Betriebsrat kann sein Mitbestimmungsrecht nach § 99 Abs. 1 BetrVG sichern, indem er beim Arbeitsgericht beantragt, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine Eingruppierungsentscheidung vorzunehmen und den Betriebsrat um Zustimmung zu ersuchen, falls der Arbeitgeber die gebotene Eingruppierung unterlässt. Voraussetzung ist, dass der Betriebsrat für den Betrieb des Arbeitgebers zuständig ist und die im Betrieb bestehende Vergütungsordnung für den Arbeitnehmer gilt (BAG, Beschl. v. 12.12.2006 – 1 ABR 38/05). Eine Vergütungsordnung ist ein kollektives Entgeltschema, das mindestens zwei Vergütungsgruppen enthält, und die Arbeitnehmer einer der Vergütungsgruppen nach bestimmten, generell beschriebenen Merkmalen zuordnet (BAG, Beschl. v. 26.10.2004 – 1 ABR 37/03).

Für die Frage, ob die Vergütungsordnung im Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer maßgeblich ist, kommt es nicht darauf an, weshalb sie im Betrieb Anwendung findet – ob aufgrund bestehender Tarifbindung, einer Betriebsvereinbarung, allgemein eingegangener vertraglicher Verpflichtungen oder einseitiger Praxis des Arbeitgebers (BAG, Beschl. v. 28.4.2009 – 1 ABR 97/07, NZA 2009, S. 1102). Gilt eine Vergütungsordnung im Betrieb, ist der Arbeitgeber daran betriebsverfassungsrechtlich gebunden. Das hat zur Folge, dass die in ihr enthaltenen Entlohnungsgrundsätze selbst dann zu beachten sind, wenn der ursprüngliche Geltungsgrund der Vergütungsordnung weggefallen ist und der Arbeitgeber sie nicht einseitig verändern kann. Vielmehr bedarf er hierfür nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrats (BAG, Beschl. v. 12.12.2006 – 1 ABR 38/05, DB 2007, S. 1361), sofern diese nicht nach § 87 Abs. 1, 1. Halbsatz BetrVG ausgeschlossen ist. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts sind jedoch nur die Strukturformen des Entgelts einschließlich ihrer näheren Vollzugsformen, d. h. die abstrakt-generellen Grundsätze der Entgeltfindung, nicht aber die konkrete, absolute Höhe des Arbeitsentgelts (BAG, Urt. v. 15.4.2008 – 1 AZR 65/07, AuA 5/09, S. 308 f.).

Der Inhalt einer im Betrieb bzw. Betriebsteil bestehenden Vergütungsordnung beim Erwerber richtet sich nach dem Geltungsgrund vor dem Betriebsübergang:

- Beruht die Anwendung auf der Tarifbindung des Betriebsveräußerers, ist für eine dynamische Weitergeltung auch die Tarifbindung des Erwerbers nötig. Der nicht tarifgebundene Erwerber ist betriebsverfassungsrechtlich nur gehalten, das beim Veräußerer geltende tarifliche Entgeltschema mit dem im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden (eingefrorenen) Inhalt fortzuführen.
- Hat der (tarifgebundene) Betriebsveräußerer die betriebliche Vergütungsordnung aufgrund einzelvertraglicher Inbezugnahme oder betrieblicher Übung angewandt, hat er einen eigenständigen Geltungsgrund gesetzt. In diesem Fall besteht im Betrieb betriebsverfassungsrechtlich eine einheitliche Vergütungsordnung für die tarifgebundenen und die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer. Durch Auslegung ist zu ermitteln, ob es sich um eine bloße Gleichstellungsabrede mit statischer Wirkung oder eine vom Wegfall der Tarifbindung des Arbeitgebers unabhängige dynamische Inbezugnahme handelt (BAG, Urt. v. 18.4.2007 – 4 AZR 652/05, AuA 12/07, S. 756). Das wird das LAG aufzuklären haben.

Konsequenzen

Gilt eine betriebliche Vergütungsordnung, bleibt auch der Betriebsverwerber bei bestehender Betriebsidentität daran gebunden, bis er diese mittels Einigung mit dem Betriebsrat – notfalls durch eine Einigungsstelle – abgeändert hat, § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Das gilt auch bei einem Betriebsteilübergang, wenn mit dem Betriebsveräußerer ein Gemeinschaftsbetrieb nach § 1 Abs. 2 BetrVG gebildet wird, sofern die organisatorische Struktur trotz des neuen Betriebsinhabers im Wesentlichen identisch bleibt. Auch bei Fortführung der Vergütungsstruktur ist es aber möglich, das (mitbestimmungsfreie) Dotierungsvolumen abzusenken. Der Arbeitgeber muss zwar alle Bestandteile der bisherigen Struktur auch bei Neueinstellungen gewähren, er darf ihre Dotierung aber übergreifend um den gleichen Prozentsatz absenken, so dass sich das Verhältnis der einzelnen Leistungen zueinander nicht ändert.

Praxistipp

Da der Erwerber eine vorhandene betriebliche Vergütungsordnung nicht ohne Weiteres „abstreifen“ kann, muss er diese vorher im Rahmen der Due Diligence sorgfältig prüfen.

RA Volker Stück,
Aschaffenburg